

累犯通说的反省与批判

熊建明

内容提要:现行累犯通说不但不能为累犯制度提供正当性和合理性,反而会削弱其法定性和正当性。累犯主观恶性既不应因再犯而认定其恶意程度超出其前次犯罪,也不应超出初犯者;认为再犯基于无视前次刑罚体验与后罪刑罚从重前后矛盾:既然前次刑罚无益于预防,如何能保证本次从重处罚有效?因为两个刑期本质完全一样。当再犯率和初犯率未确定时,就不能确定前者高于后者,也不能无根据地确信累犯后果重于初犯。累犯通说之根基只能是经由实证调查所得数据基础上所做的合理解释。

关键词:累犯通说 反省 理性批判 数据化方式证伪

熊建明,南昌大学法学院讲师,华东政法大学08级博士生。

引言

累犯制度在理论上的合理性、正当性已为学人普遍承认,并形成通说。此通说既是累犯制度存在的理论根基,也是其出台的学说先导,因此反思其自洽性与合理性,就是反省累犯制度的基础。通说理论虽有各种流派,但其核心要义是认定犯人无视前次刑罚体验,^[1]因而其个人特质中涉罪成分要大于初犯,^[2]所以较之后者应予从重处罚;且据此行事并不违反禁止重复评价原则。^[3]至于累犯个人主观方面是什么则是通说理论各派别分类的依据。但是,仅凭再次犯罪就确信累犯恶于初犯的客观依据及原因之论证,笔者所见到的中文文献均语焉不详。累犯通说则立基于此。

量刑从重是累犯设定的使命,但其并不涉及从重的理论根据,遑论合理正当。如果后罪可能判处的刑罚还未至法定刑期之顶格,那么认定累犯身份后就能使实判刑期升至或靠近该顶格。但依此从重规范之审判实践并不必然有力证明从重有理正当。经过文献收集和整理,找不到认识并证明累犯及其刑法后果与此通说相反的信息,笔者觉得反省和批判就更有

[1] 参见张明楷:《刑法学》(第三版),法律出版社2007年版,第444页。

[2] 参见林卫星:《累犯专题整理》,中国人民公安大学出版社2010年版,第10页以下。

[3] 参见张明楷:《刑法学》(第三版),第444页。

必要,因为学术中不该有一边倒情形。^[4]

在此特别说明,尽管有时会有评析,但本文主旨并非质疑累犯制度,而是反省和批判支持该制度的通说。目前世界上保留累犯制度的国家或地区多于废除的,但说理几乎都显不足,这种不足反映在根本不加说明就认为累犯主观恶性大于初犯。^[5]

累犯是相对于初犯而言的。此“初犯”有两个含义,一是指相对此新罪,累犯本人的初次犯罪,两次犯罪符合累犯构成要件取得累犯身份;二是指与后罪相对应,其他人的初次犯罪,相对于此初犯,累犯后罪从重处罚。这就是与累犯相对的初犯全部意义。那么累犯产生的概率到底有多大,如何统计每年社会中实际构成累犯的人?正常人群中初次犯罪率如何确定?只有在其它条件都相同的情形下,如果前者比率高于后者一个数量级,那么,即使无法证明加重处罚合理,也能根据实际归纳数据说明累犯加重有其实践理性支撑。

遗憾的是,现有坚持、支撑通说的主张很少经由社会学实地考察,根据所获资料进行事实汇总,进而归纳出调查结论的归纳研究范式,而是基于臆断认定累犯在各方面尤其是个体素质迥异于初犯,并籍此断定建构价值判断,推证出累犯必须从重。殊不知,从重处罚之量刑原则,早已在累犯概念诞生之时就产生了。为什么要从重是因为需要从重!而这正是当初设置累犯的依据。因此累犯与从重是不同语词之同义反复。这可以从目前有关累犯制度论述最为系统的专著中窥见端倪,例如,有论者写道:

累犯首先是指犯罪行为,即这样一种事实:以前因犯罪而被判处一定刑罚,在一定期间内又犯一定之罪的事实;其次累犯是指一种犯罪人类型,即因犯罪被判处一定刑罚后,在一定期间内再犯一定之罪的犯罪人;再次累犯还是一种法定的量刑情节,是法官在量刑时必须考虑的情节,它影响行为人刑事责任的轻重;最后累犯还是一项具体刑罚制度,即在刑罚裁判阶段,法院考虑犯人是否构成累犯,若是又如何适用刑罚的制度。^[6]

很显然,这是一个典型的循环认定和论证。

本文将分为三部分对累犯通说进行检讨,首先简要梳理并设疑通说基础问题,其次以一虚拟案例展示通说中不合理成分,最后在简要讨论累犯源远流长的历史原因后,得出全文结论。

累犯通说有两个核心要素,一是有累犯资格者主观恶性远大于初犯,因而从重处罚,如何认识主观恶性并不影响累犯重于初犯之结论;二是其恶性大是因为未吸取前次坐牢入狱的痛苦教训,已受刑罚在其身体、心灵、意识之中未留下烙印,因而即使与先前同样的惩罚再来一次,也不会有助于其恶性降解,因此需要在量上给予从重惩罚,以使后罪判罚效果与前次惩罚有区别。

显然,彻底清算通说的重点应放在第二核心要素上。为展示通说之悖理,笔者引入一假设案例:一个前刑期为五年符合累犯条件的人再犯新罪,经法庭审理,认为应当判处四年有

[4] 笔者看到的否定累犯制度的文献都源自域外,一个是台湾刑法学家林东茂先生的《刑法综览》,中国人民大学出版社2008年版,第24页;一个是德国刑法典。

[5] 根据所掌握资料,未保留累犯制度的有芬兰、德国、荷兰等国,还包括我国的香港。

[6] 苏彩霞:《累犯制度比较研究》,中国人民公安大学出版社2002年版,第20页。

期徒刑,假定累犯加重处罚至本刑二分之一,^[7]实判刑期应是六年,多承受的两年是基于其无视五年牢狱体验。^[8]

但是至少下述问题需要坚持通说者严肃对待。为使问题清晰化,笔者首先从累犯原理方面展开。在本质上,认为累犯有人类恶性本质,且其仅由故意犯罪体现出来,累犯从重就是为了打击或扼制此恶性。如果坚持刑法针对人的行为,对犯罪行为实施刑罚旨在保护法益,那么与其密切相关的恶性犯意是作为犯罪构成要件之成分而存在的,因此刑法不该单独针对犯意设置特别条款。认定此恶性只存在于故意犯罪中,既缺乏事实依据,也缺乏学理和心理根基,过失也应作为反映此恶性之重要考虑因素。即使坚持主观恶性只存在于故意犯罪,但只针对累犯从重也是不公平的。面对假释、缓刑者在假释、缓刑期间再次故意犯罪,刑法只规定撤销优待,就新罪与前罪数罪并罚,但并没有在超出新罪应罚刑期之外,再因犯新罪这一事实而增加惩罚,那么为什么要对一个再犯从重?

在恶性存续方面,除了认为故意恶性重于过失,还认定累犯恶性所以“更严重”还反映在其持续时间及状态方面。能够证明其恶性持续性指标是,前次故意犯罪被判刑罚及其后续效应依然未能消灭或遏制其恶性,使其“复燃”再犯新罪。尽管后罪与前罪不同,但行为人之主观恶性不仅严重且始终同一:所谓积习难改,狗改不了吃屎是也。支持此判断的前提有两个:一是相信刑罚有至为充足的遏制恶性的惩治与威慑效应,受过刑罚后其恶性或者应该完全消灭,或者因惧怕刑罚再度降临而自我克制;二是既然行为人有能量和胆量违反第一个立法坚信,那么就表明其恶性非同一般,而前次处罚只是针对普通人犯罪时普遍适用的刑罚,看来此普遍性刑罚措施对累犯者没有第一种信条所含惩治与威慑功能,因而需要加大刑罚力度,以特别地重建只对累犯人专门适用的刑罚体系。累犯从重的严惩原则应运而生。

但此“严惩”首先是对“法律面前人人平等”的偏离。任何人只要是犯了罪,只能依法一体承受同样刑罚后果,即法律适用人人平等,这是实质性平等;但如果后罪所处刑罚能够确认累犯身份,就需要在主刑罚之外加罚一点以示区分,此即“偏离”本意。当然也可对此说法持有异议:基于累犯身份之从重也符合法律适用人人平等,但问题是具有累犯身份者享有同样刑罚待遇的几率要远小于一个有累犯身份者与一个初犯者犯同样罪受同样处罚的情形,如果必须强调累犯适用也是依据法律面前人人平等,那么,只能说是形式平等远超过实质平等,甚至也可极端地认为累犯制度违反了实质平等:在依法确定后罪刑事责任时,已经将蕴含在该罪中的主观恶性(不可脱离行为本体而单独存在)进行了刑法评价和处罚,但是它又被单独分离出来,通过累犯制度与前次犯罪之犯意一起,组成了累犯规范再次评价的新对象后,在后次犯罪又受到了评价与处罚。两次不同评价组合到一起,又受到一次累犯规范评价和处罚,其原因在于法律认为后罪之恶性既重于本人先前之初犯,也重于他人之初犯。因此尽管累犯不作为犯罪构成要素,但足可以成为“基于一定政策理由而设计”的量刑事由,哪怕违反了刑法适用人人平等也要从重。但它不仅在判罚尺度上歧视累犯,而且还剥夺了其应该享有的减刑、假释之权利,是对法律面前人人平等的双重实质违反。

在恶性程度方面,认为累犯恶性大于初犯。尽管通说未就具体犯罪之累犯与初犯哪个恶性程度更大展开论证,但可依二次犯罪事实断定累犯恶性大;但同样无可辩驳的是,一个

[7] 参见“台湾刑法典”第47条规定。大陆刑法规定累犯从重。在绝大多数情形下,“从重”与“加重”并无实质区别。

[8] 参见林东茂:《刑法综览》,第21页。此处加重取的是极值。

首次犯罪就故意杀害他人的恶性远重于一个前次犯盗窃罪被判刑三年,刑满释放后第四年再犯可能判处三年徒刑的累犯。除非依可以指标化体系,对类似犯罪之犯罪事实、情节、危害后果等进行实证比较,否则很难单凭犯罪次数断定哪种犯罪恶性程度更高,即仅凭一个人只犯一次罪,和另一个人犯了两次罪这一事实就断然宣称后者恶性高于前者的理由相当不充足,因而是非理性的。如果不具备比较的可能性和操作性,恶性程度孰轻孰重的人际衡量难以进行,这正如经济学中的序数效用,在人际间无法比较一样。

在识别恶性之事由与指标方面,累犯通说只有一项,即两次故意犯罪符合累犯法定构成要件。但解读此再犯不仅过分而且极其复杂:行为人再次犯罪,就肯定了通说支持者“行为人不顾先前刑罚体验”之判断;其无视先前刑罚体验,就表明此人主观恶性大,可以认为其人身危险性严重,导致上次刑罚威慑无效,这次要用特别刑罚措施,以实现刑法特别预防机能,所以从重处罚。^[9]但这个重复性循环推理进路完全没有任何理性与事实支撑:为什么再次犯罪就能肯定其人身危险性更为严重?为什么认为再次犯罪是因为其无视先前刑罚体验?累犯仅仅是作为后罪诸多从重情节之一种,为什么此从重情节能够承载并反映出刑罚特别预防机能,而别的从重情节就不能?这些问题均没有经过论证,有的仅是缺乏依据的个人臆断!

同样坚持累犯加重的日本刑法学界,其原理并不与上述思路一致甚至相反:虽然也认为加重处理是累犯不吸取曾经被科处刑罚的教训,但并不因此认定其性格或人格上特别危险,而是坚持刑法为累犯设置了法定构成要件,累犯加重责任适用是因为其要件符合性,加重刑罚不考虑人身危险。坚持这一说法的学者远多于坚持累犯人身危险性的。^[10]作为中国通说之主流派别,^[11]在日本成为少数派学说。

事实上只要坚持犯罪是个体非常态生活的产物,也是一种社会现象,而不只反映恶性,那么认定再犯新罪是由于没有吸取上次刑罚教训就是错误的判断和认识。有多方面的原因造成了再次犯罪,就算认定无视刑罚体验者是一个原因,但也不是重要原因,尤其于前后两罪类别完全不一样时更是如此。

犯罪主观恶性绝非抽象物,总是与具体犯罪类型、犯罪后果及其情节等紧密相连。因此不在一个具体罪名框架下进行比较,没有事实根基、理性与逻辑支撑就贸然断定累犯恶性大于初犯,是缺乏说服力的。即使坚持认为累犯从重是因为无视先前刑罚体验,那么反过来,将上次因过失犯罪坐牢,本次再犯需要判处有期徒刑的(不论故意过失)排除在外,也是无理的。因为过失犯同样要入狱接受教育和改造以期悔改,法律并未规定过失犯监狱待遇好于故意犯,同时也没有任何理由认为过失犯出狱后,其牢狱经历一律对其有效,而故意犯罪者就可能有的有效,有的无效,因而对无效情形需要单独设置加重处罚。即使认定累犯只能用于故意犯罪,累犯正当化的通说也有悖于理性逻辑,因为这种解释不能将过失犯牢狱生活经验排除在外。因此,无视先前刑罚体验的说法,不能为累犯制度的正当性与合理性提供任何有用的理据。

真正支撑累犯制度的理由只有一个,就是法定性。其事实依据是再犯新罪。除此之外

[9] 张明楷:《刑法学》(第三版),第444页。

[10] 参见[日]大谷实:《刑法讲义总论》(第二版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第469页。

[11] 参见林卫星:《累犯专题整理》,第10页以下。

再无其它合适根据。至于为什么要这样规定,可能是基于刑事政策方面的考虑,而政策的取舍及评价可能不在于是否合理,而在于其是否具有合于目的的适用性。要探讨累犯制度本身的合理性及其作为一个古老刑罚制度在多个国家和地区长期存在的客观性,从历史及人对历史依赖的角度才可能是正确解释之道。中外刑法学者提供的现有解释都是值得反思的,具体来说,若要探讨一项制度合理性及根基,就不能限于其所附制度体系寻找论证路径与资源,否则就是循环论证。在同一制度体系里,能够得到论证且效果极佳的项目只能是,子项制度的内在逻辑性、作为总体与制度整体之融洽性。日本学者大谷实等多数派坚持累犯制度合理性在于要件符合性,恰好体现了这一点。若中国累犯从重规定未违反禁止评价原则,则其他累犯加重的法域就有违反之嫌。^[12]

不仅累犯制度不是基于人身危险性和无视先前刑罚体验,而且各国实施该制度的技术措施也存在诸多悖论。坚持累犯从/加重者一方面认定犯人不在乎远比两年期为长的五年牢狱之累因而有必要加长刑期;另一方面却又极其自信地断定后罚中所加两年刑罚会让犯人觉得后果远重于先前五年,因而有特殊预防效果。而这两个判断的依据都是监狱生活体验,但却基于不同考虑得出了不同结论:过去有期徒刑之牢狱经历没有产生有效遏制其再犯新罪的效果,却相信加长的牢狱年限会有特定预防功效。累犯制度就是以这种奇怪思考方式来落实的。

这种奇怪首先表现在定性与定量转换的隐晦性和跳跃性上。认定累犯恶性重于初犯因而处罚从重是性质上的断定,却又是通过刑期之定值化来表达的,而性质上的轻重次序与定值上的数额多寡又很难形成精准的一一对应关系,这表明质的定性判断转化为量的定值计算,其转换逻辑与标准既不明晰也无迹可寻。

这种没有标准和逻辑之特征,在处置累犯时体现出一种二元悖论:五年徒刑在定量上远远重于二年;但五年囚犯生活已经成为此人之经历,属过去式事件,由于后罪使得前罪的牢狱生活的影响变得不值一文。二年新刑期是在后罪主刑基础上添加的,属将来时事件,其价值和重要性又变得比前五年更大。这表明数量不再能说明定性和定量层面的任何问题,已发生和将发生才更具刑法意义上的重要性。

二元悖论又合流于结果主义与乐观主义之复式结构:过去的刑罚无论多么严重,但只要后罪发生了,就说明惩罚效果失灵于罪犯恶性,因而需要在未来的服刑规划中加长刑期——这是结果主义在作祟。即将开始的服刑,哪怕增加部分远低于过去,但因后果要在若干年后才会显现,因此就不能单凭其数值低而否定其严厉程度,进而怀疑其特殊预防机能——这是乐观主义在支撑。而这种复式结构的逻辑是,通过提高数值体现定性和刑事政策的目标追求,数大则重,值少则轻。其标准是性恶则(刑)数高,反之则低。但认同数值高低,又以是否犯有新罪为准,若无后罪出现,则数值高低与刑罚重轻相符;若犯有后罪,则过去刑期无论多么长,效果还是不好,需要施加新刑期,哪怕其期限很低,也要有足够的乐观以期待其阻吓效果会超过过去长刑期。此时的逻辑与标准发生了质的变性或转换,刑期长短既不再是关注的对象,也不是刑罚后果轻重的判别指标,实际后果才是关键。

但是即使刑期加重真的使初犯出狱后不再犯罪,谁又能断定那全是这加重部分所致,而与后罪所判刑期没有关联?骆驼被压跨固然发生于最后一根稻草加诸其身之后,但没有谁

[12] 参前引张明楷、林东茂、大谷实书,页码亦同前。

会把这压跨的功劳全部归结于最后加诸其身的那根稻草。评价累犯特殊预防效果如何,取决于从刑罚预防之总体成效中怎样将后罪处罚的实效隔离。

更为重要的是,费尽心力在定性层面去区分累犯与初犯,最后性质不同的情形或类型,都转换为数值。只要最终数值相同,就表明犯人承受的刑罚都一样而不论类型及其罪过。有时单凭数值很难区分同样为三年有期徒刑的故意犯和过失犯谁的恶性更高。在刑法大框架里,任何人都不能笼统而不附设任何事实前提就得出前者恶性程度永远无条件地高过后者。当后罪所获判罚已经很重时,累犯从重又使其再重一点,比方说本罪判处十年有期徒刑,累犯情节使最终判罚为十一年,但其刑法学意义又有多大?多出一年就显示出刑法追求正义?如果加重至十五年,则是一个极大胆的刑罚跳跃,但多出五年,刑法还有正义吗?尽管量刑旨在得出数值但毕竟不是解数学题。另外,如何查证累犯,以及它是事实认定还是法律判断,获取累犯资料需要哪些辅助制度支持等,都是累犯实务必须涉及的问题。

最后,从刑罚实质及机能角度来看,累犯制度及通说也有欠缺。如果认为刑罚是由国家主导对罪犯给予的报应,同时认定报应基础只在于犯罪行为及其后果,那么累犯就不能经由报应观念得到较好阐述,因为累犯不是或不完全是基于行为,而是或主要是基于身份。如果认定刑罚机能就在于通过保护法益来维持社会秩序,那么累犯从重尽管也是为了维护社会秩序,但不能说它实现此机能也是经由保护法益来彰显,因为它没有侵害具体法益;同时刑罚若是为了满足被害人报复情感,那么也不能认定它实现了此种附带机能,因为前次刑罚已经满足了此被害人此种情感,后次刑罚同样满足了彼被害人的报复欲望,而累犯身份尽管与两次犯罪行为有关,但都不是针对两个受害人。如果认为通过刑罚表明法律的要求,并根据其威吓作用对一般公众心理产生震慑,以实现刑罚预防犯罪机能,那么它作为一种刑罚制度,其特殊预防效果的昭示也不及后罪明显,因为累犯从重的后果是附着在后罪刑罚上,这就意味着累犯特殊预防效能与后罪刑罚一般预防机能是以整体面貌对外显现的,那么就很难说累犯的特殊预防机能效果若何。^[13]

累犯从重与两次犯罪被害人利益没有实质关联,表明它追求的目标是维护社会秩序,而特别预防一些初犯者再犯较严重之罪。它不是面向所有类型而只针对其中特定的初犯人,即少数人中的少数人。即使此少数人也是在经常变化的,因为法定条件中规定了前后两罪间隔年限,超出此年限将不会产生累犯身份。它还隐含着这样一种预判断,这些人尽管数量极少,但其再犯严重之罪的可能性,不仅高于一般社会大众初次犯罪,而且也要高于其他受过刑事处罚人再次犯罪,对维持正常社会秩序构成最大冲击,因而加重刑罚以示特别关注。但这种假设的可靠性有待验证,不能作为不予置疑的命题。

所谓再犯,是指有前科者重复犯罪。所谓可能性,要首先认定犯罪现象在社会运转正常阶段,在总人口中发生的人口比率是相对稳定的,这种稳定不仅可以观察到,而且也可用再犯罪率来衡量。此比率是以这个社会已经出现的犯罪频数与总样本进行比较而得出的,如果此已发犯罪频数可以用来预测将来一段时间这个社会可能发生的犯罪频数,就意味着认识累犯的社会学视角不仅必要,而且可靠可行。而一旦根据社会调查事实所得出的比率表明,累犯再犯率并不高于初犯率,同时排除其刚性化数据,累犯从重可能并无事实根基,而只是基于人类臆断和沿袭习惯而从远古相传至今。

[13] 此段内容参见[日]大谷实:《刑法讲义总论》(第二版),第457页。

二

一个社会的犯罪主体多为其人口结构中的青壮年群体,当然相对于此群体总量,人数无疑要少,此已被一般的统计数据所支持,也与日常生活经验相符。中国社会流动人口几乎全部是这个年龄段的。不管在1979年还是1997年刑法立法者眼中的标准累犯形象是什么样,处于流动状态该是其应有之义。因而凭此流变不居之状,就可以断定设置累犯并非为了社区或地区之内各种法益,而是为了一国之内整体社会秩序,这是累犯制度在地域上的社会整体性表现。也就是说,累犯预防功能对象包括但不限于出狱后不再回原先所在地生活而是异地而居的劳改释放人,这是累犯跨地域性特征。累犯在时间上有三个时间点,前罪刑罚执行完毕的止点,后罪实施之起点,这两点的时间跨度在法定时间间隔之内或与之相齐。后罪被判决时,累犯身份是在后罪审判之中、判决产生之前确定的。而一旦后判生效,累犯身份即无意义,这表明累犯更多的是对后罪刑罚起辅助作用的过程性法律工具,它是时间的函数,是审判过程中间产物,因此兼有实体法和程序法品性。经年下来一地法院系统审理了多少有关累犯的案件是可以量化的,因此以社会学方法透视累犯在操作上也可行。

尽管笔者不掌握某个地区累犯统计数据,但并不意味不能使用社会学方法来思考累犯及其通说,因为社会学方法和理论是可以虚拟性使用的。对某种现象进行社会学视角的调查与分析首先取决于行动者对此现象有所感悟或想法,精炼化表达它们的结果就是在数据收集工作甚至在设计数据收集方法之前,会拟定一个假设性命题。所有数据收集、加工、分析等,都是为了验证此假设性命题在解释社会现象时是否有生命力及其真确性。尽管这个命题是假设的,但此种假设完全不是行动者个人的主观臆断,而是有某些有力的前提性命题支撑的,同时也包含行动者个人研究经验。如果它需要很多假设性命题作为其前提,而它们的真伪未经验证,那么有经验的研究者一般不会将此假设作为进一步行动的起点。为此需要运用理性进行逻辑推理与论证,一直到有理由认为这些假设的前提性命题在实际操作中能满足某些条件,才会立足于此开始研究行动;相反如果发现仅仅是在理性和逻辑层面,某些假设前提都不足以支撑其命题研究,或者无论怎么控制实际条件都难以满足假设前提的严格要求,那么,就会放弃此假设性命题而终止研究。下面所做的正是在后一类型假设环境中,运用社会学方法来论证再犯率高于初犯率之不可信。由此假设案例表明支持累犯及通说的理由与逻辑的荒谬。

假设有这样一个社区,有完全刑事责任能力的自然人共有100万,只设一个监狱,监狱里入狱出狱连续十五年档案完整,大家都清楚刑法。通过统计监狱档案数据,发现每年社区犯罪率为万分之十,亦即100万人中每年进入监狱服刑的有700人,300人为社区矫正者,假定执行方式只有有期徒刑和社区矫正两种。假定700人人入狱之前,监狱空着。再假定这700人中,判处三年以下徒刑的450人,其中一年期200人,二年期100人,三年期150人;判处三年以上的250人,其中判处四年50人,五年50人,六年50人,七年50人、八年20人,九年20人,十年10人,^[14]假定这个数据在十年之内都一样。现在计算有累犯资格者,假定间

[14] 笔者这个数据包含了一种未经验证的假设,在全部犯罪中,犯有判处较重刑罚的罪犯比率是比较低的,而且刑罚越重,受罚的对象就会越少。尽管未经实证,但最高人民法院网站上的数据可以支持笔者这个假设,2009年全国犯有判处五年及以上刑罚直至死刑的罪犯只有162,675人,而当年被判有罪的人总计为997,812人,两者相比,前者甚至连后者的六分之一都不到。参见最高人民法院网站,近期访问时间为2010-04-30。

隔年限为五年,社区在十五年里具有完全刑事责任能力的自然人数始终为100万,无移民进出,所有罪犯当年犯罪当年审判当年入狱,年限的计算按年份而不是按实有日期即天数计,即哪怕罪犯于12月31日入狱,也算在狱中呆满一年。

第一年犯人为700人。^[15]其中当年200人出狱,可能成为累犯者(以下简称累犯)就有200人;

第二年犯人总数为1400人。其中为当年一年的200人、第一年判处两年徒刑的100人本年出狱,在监狱里实有犯人为900人,本年有300名累犯;

第三年犯人总计为2100人,其中为当年一年200人、第一年判处3年的150人、第二年判处二年的100人出狱,本年共有450名累犯;

第四年犯人共计2800人,其中为当年一年的200人、第一年判处四年的50人、第二年判处三年的150人、第三年判处二年的100人出狱,本年共有500名累犯;

第五年犯人一共3500人,其中为当年一年的200人、第一年判处五年的50人、第二年判处四年的50人、第三年判处三年的150人、第四年判处二年的100人出狱。本年共有550名累犯。

在第一个五年期内,计有1800人有累犯资格(第一年出狱的200人无)。假定100万人群中的犯罪率就是初犯率万分之十,^[16]那么累犯资格人群中如果只有两个人再次犯罪,那么就不能认定再犯率高于初犯率,只有至少超过3个人,也就是高出初犯率万分之六点七,才可能断定累犯再犯可能性高于一般民众初犯。

为进一步显示累犯制度及其通说无根基,笔者将此假设案例继续演绎下去:

第六年犯人一共有4200人,其中为当年一年的200人、第一年判处六年的50人、第二年判处五年的50人、第三年判处四年的50人、第四年判处三年的150人、第五年判处二年的100人出狱。本年共有600名累犯。

第二个五年期内(第二年至第六年),计有2100人有累犯资格,因为第二年出狱的300人无资格,而已假定这转化的300人无论犯罪与否都不影响初犯率万分之十,这就意味着无须因人数变化而校正此数据,但需要重新计算累犯比率。算出这个比率后,得将它与初犯率和第一个五年期累犯率进行比较,与第一个数据比较的意义上文已经提到,与第二个数据进行比较,其结果无非三种,一是持平,二是比它大,三是比它小。现在需要认真地分析这三种结果所蕴含的社会意义,进而找到其法律意义。如果持平,说明再犯率比较稳定,其原因有多少源自累犯制度,单凭一个指标是不能表述的。如果过大(还得与初犯率比照,如大于第一个五年,但小于初犯率;或者同时还大于初犯率),其蕴藏的意义就更为复杂,甚至与其说表达了什么,不如说它实质是要求进一步研究。这时就累犯制度而言,其设计初衷反倒居于次要地位。如果过小,其能够说明的问题也远远少于其实际包含着的问题,总之虽不能够说明累犯制度实际功效但可以证明累犯通说无理无据。

第七年,该年共有650名累犯,但第三个五年计有2300名累犯。

[15] 注意这里的犯人包括出狱的和在狱的。

[16] 严格来讲,笔者算法有问题,因为初犯率包含了社区矫正,而这里仅计算有期徒刑,那么二者之间并无平滑过渡,即没有理由认定在两类处罚中,比率均为万分之十,同时笔者还没有将此比率中再犯的排除,原因是太过复杂,笔者删繁就简,主要是为了表明流行在中国刑法学界累犯通说的肤浅,如此复杂的事实与实证体系,竟然被一带而过,简陋至既无理性支持,也无数据证实的地步。

第八年,本年共有 670 名累犯,但第四个五年计有 2570 名累犯。

第九年,本年共有 690 名累犯,但第五个五年计有 2710 名累犯。

第十年,本年共有 700 名累犯,但第六个五年计有 2810 名累犯。

第十一年,因自第十年之后,没有人狱只有出狱,那么只能算五年期满后具有累犯资格人数,本年此人数为 2160;第十二年 1390 人,第十三年 700 人,第十四年 0 人。如何理解此数据越来越小以至为零?原因很简单,没有人狱,只有出狱,那么经过一年就会减少一批,一直减到零。

因笔者仅取出一个十年来计算的,同时设定了很多在现实生活中不可能情形,如连微观数据也保持不变。但这足以说明很多问题,最为重要的问题就是只要数字化,不管实际结果是什么,首先就能极其坚实地肯定累犯通说荒谬,既乏理性也无逻辑。

笔者在前面提到数据化时,用到“刚性”和“可能”两词,现在来合理解释它们。以第一个五年数据为例,五年期满时,社区共有 1800 人有累犯资格,这 1800 人中,如果按初犯率万分之十来计算其再犯人数,计有 1.8 人,即为 2 人完全满足了累犯要件。在此 2 人基础上,再多一人犯罪,其再犯率就达到了万分之十六点七,远远高于初犯率。不过尽管这个数据是真实的,但由于样本极少,只有 1800 人,相对于一般人群总样本的 100 万人几乎可以忽略不计,样本小,那么它就对数据细微的变化极其敏感,分子,即调查对象,稍有变动,它不仅能够反映出来,而且其数量甚至会上升至一个量级,这就是数据结构上的刚性:只要有相关现象,它就一定会表现出来。所以单凭数量就给出判断而不参考其它因素,即使数据正确但结论也有可能与实际或常识相悖。如果认定在已有 2 人犯新罪的基础上再增加一个犯人,就确信累犯(资格者,下同)犯罪率远高于初犯率,那么这一判断是轻率的,因为监狱毕竟不是也不可能是消解犯罪的学校。容易导致常人犯罪的因素同样也容易导致初犯者再次犯罪,没有也不应该有因为有记录,所以其犯罪几率就该低于一般常人的伦理规则和法律规则以强行要求初犯者。对初犯者要求不能也不应该高于一般大众,因而即使初犯(累犯就是某类初犯再犯罪后之称呼)再犯率高于大众初犯(就是常人犯罪后被判罚后的称呼)率,也并不一定意味着初犯人群就是一个高危人群。因为样本数量少,所以小群体中个别现象就特别惹眼,初犯再犯率高于初犯率,只是一种支持再犯高于初犯推断的可能性理由,但不是绝对的,这就是笔者所说的可能。也许在累犯制度设计者看来,因为初犯者心灵有过受牢狱之灾的虐待记忆,其再犯可能性就该远低于一般大众自律水平,此想法没有根基,同时也有歧视民众之嫌。初犯出狱后还是常人,常人的弱点与恶性在其身上所在多见,因而认定其不再犯罪,是一种乌托邦式的臆断。

笔者以一虚构案例来证明通说不可信,也许会遭到反驳,就算不是虚构,仅凭一个社区数据就能断定国家社会的累犯实况也应与此相同,也缺乏说服力。这就牵涉到一个研究范式的问题。

如果肯定累犯不仅是一个规范塑造,而且它还是一种社会现象,那么即刻可以断定通说研究方式不是归纳而近于演绎范式,但它是一个半截子演绎,即只给出了假设性前提,尚未进行任何意义上的证实,就认其必定正确,然后以此为基,进行制度设计和实践。而真正完整的演绎法除了假设以外,还要检验假设命题。这检验第一步是要观察,在观察之前要设计出一系列反映假设命题及其对象的变量,并对每个变量进行属性设计,最后要利用观察到的结果或数据来与假设进行比照,从而证实或证伪此假设,演绎法的核心在于先推论后观察。^[17]

[17] 参见[美]阿尔·巴比:《社会研究方法基础》(第八版),邱泽奇译,华夏出版社 2002 年版,第二章。

即使退一万步,笔者承认通说有理,而本文虚构案例不足以推翻其普遍性,那么面对此特例,坚持通说的学人也必须严肃应对,处理好通说与此特例间不相容关系。

事实上,支持通说的理由更多不是源自理性及其批判性反思,而极有可能与累犯悠久的历史传承有关。

三

当地域不再是限制人类跨境交流的障碍时,累犯制度经过哪些改造或演化而适应社会的整体性,是一个值得探究的有趣问题。就累犯产生历史看,它是基于地域封闭性而设立的。笔者初步认定历史上设置累犯制度的目的,并不完全基于现代人尤其是当代中国人所认为的主观恶性大因而处罚从重,而与社会定居结构下的人际状态有关。同时我们现在也有这样的生活经验,面对那些刚出狱的刑满释放犯,一般大众心里还是有些发怵的,因害怕而避而远之。出狱者可能在做起某些恶事时,比常人更少些顾忌,胆子也更大,对其他人的威慑性就更强。由于地域封闭,长期生活在一个地方的百姓世代都会一直生活在那一地,而这地方在宏观上看起来是在国家权力管辖之下,但县官不若现管,受过刑事处罚人再次回归这个生活空间相对有限的小地域和人际圈子中,很容易成为地头蛇而超越国家权力居于地方霸主地位,这种地位的形成竟然与国家对其惩罚记录有关:连牢都坐过的人,还有什么可怕的呢?尽管与刑满释放犯生活在一个密闭有限空间的其他人,可以国家法律为后盾而不惧之,但国家权力要介入其与释放犯间纠纷一定是以本人及其家属或者人身受到伤害或者财产遭受损失为前提或代价的,要让国家法律介入却又先以自身“吃现亏”为媒介,那么没人会愿意法律这样来保护自身。国家政权正是虑及此点,才对再次犯罪者施以重处,而且不在前后两罪之间设置年限间隔,以免缩小打击面,其道理就在于此。既然既有刑罚实施后果成为他侵犯他人威胁社会的资本,就需要对其进行特别规范。

还有在古代定居的农业社会结构中,刑满释放犯出狱后回到社会,已经与其原来生活空间和人际交往圈子隔离过久,显得有些疏远,甚至会影响到其重新开始正常生活的资源和能力,同时也可能因周围人群之歧视,其生存较为艰难。那么为了生存就可能顾不得其它。而坐牢的经历如果使用得当,是可以转换为能力的,所谓破罐子破摔,不按社区固有的道德和其它社会规范行事,反而可能更有利于生存,这是释放犯的逻辑。但此逻辑显然不利于社区固有秩序的维持,而社区内如果又缺乏相应制约机制,就可能会因一个人的行为范式而整体向下沉沦,因此需要特别办法将释放犯与正常社区生活空间进一步隔离,累犯制度的功用可能就在于此:让其隔离于正常生活秩序,使其永久性承受两次犯罪的终生代价,才是累犯制度之起因和代代相沿承袭的根本原因。尤其是,当前后两罪都是针对政权所有者或阶层时,可能更是如此,目的是让其永世都在政权的监管与看守之下,不能乱说乱动。

综上,累犯通说之以下假设都是未经实证的论断:

1、认定初犯者再犯新罪,其主观恶性重于常人之初次犯罪,因而需要予以特殊预防,缺乏事实依据与理性支撑。

2、认定累犯从重的理由是其无视先前刑罚体验也没有事实依据和理性支持,因而是错误的;因为除了前文所列举之外,正在服刑的罪犯再犯新罪,其恶性不比累犯差,被假释者、判处缓刑者在其考验期间又犯罪的,也是如此,超过累犯法定间隔年限再犯罪的,同样也

是如此,被保释出来的在保释期间犯罪的,仍是如此等等,这些现象,除了缓刑犯未受过刑罚“折磨”外,其它都有受过,但此理论无法将它们从其未受教训理念中剔除,而使其只专用于累犯情形。

3、认定再犯罪率要高于初犯率,并无坚实的实地调查和数据统计,甚至连什么是初犯率,什么是再犯率,各自的样本与对象是哪些等一系列需要细化的指标的变量属性都没有形成。

4、对累犯制度特殊预防功效因无法与后罪实际判处刑罚之一般预防机能所生效果进行切割,判断其制度实用与效能的指标尚付阙如,遑论体系。因而相信其有特殊功效也是臆断之举。

至于累犯制度在实践的可行性、可信性是否真如立法者所期待的那样,因笔者没有获得相应的调研资料,不敢贸然断言,但可以肯定的是,现行累犯通说因同样没有坚实数据调查与统计支撑,缺乏事实基础,都是主观断言。但宁愿它是假设!因为如果是假设,那么就需要学术人不做游戏文字的学问,不采因为某个外国有这个而中国没有所以就需要有这个的论证与思考方式,不囿于刑法学这一狭窄学术体系,不断往返于事实与规范之间,去证实或证伪这个假设。一旦证伪,就可形成新的假设,再重复前面的步骤,从而使刑法学术的生长扎实在中国本土资源上。

[**Abstract**] Instead of providing justification and rationality for recidivism system, the current theory of recidivism has weakened the system's legitimacy and justification. The subjective evil character of a recidivist can not be used to determine that the degree of evil character is greater than one of the previous offence simply because of recidivism, or greater than that of first offence. To attribute recidivism to disregard for previous penalty is in conflict with the view that second offence should be punished heavily. Since the previous penalty has produced no preventive effect at all, there is no reason to believe that the present one shall be effective, as life during the two prison terms are in essence the same. When the rate of recidivism and the rate of first offence are uncertain, we are in no position to claim that the rate of the former is higher than that of the latter, neither can we hold that the consequence of recidivism is much graver than the first offence without any grounds. The basis of recidivism theory can only serve as a reasonable explanation on the basis of data collected through empirical surveys.

(责任编辑:王雪梅)